

GIURISDIZIONE: Pubblico impiego - Compensi percepiti dal dipendente - Attività lavorative esterna non autorizzata - Provvedimento di recupero da parte della P.A. - Controversie - Giurisdizione del G.A. – Sussiste.

Cons. Stato, Sez. II, 27 maggio 2021, n. 4091

“[...] Il disposto del comma 7-bis dell’art. 53 del d.lgs. n. 165/2001 comporta dunque che la responsabilità di che trattasi, se limitata all’inadempimento dell’obbligo di denuncia, senza che sia dedotta l’esistenza di conseguenze dannose per l’amministrazione di appartenenza, non possa sottrarsi alle ordinarie regole di riparto di giurisdizione e quindi, trattandosi qui di rapporto di pubblico impiego non contrattualizzato, alla giurisdizione del giudice amministrativo. L’art. 98 Cost. sancisce il principio di esclusività del dipendente pubblico, che si sostanzia nel dovere di dedicare interamente all’ufficio la propria attività lavorativa senza disperdere le proprie energie in attività esterne ed ulteriori rispetto al rapporto di impiego. Di qui, la conseguenza - formalizzata nell’art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001 per tutti i dipendenti pubblici - che ogni incarico extraistituzionale debba considerarsi evento eccezionale rispetto allo status di pubblico impiegato, come tale necessitante di espresse e limitate deroghe. La situazione di incompatibilità deve essere valutata in astratto, sul presupposto che la norma mira anche a salvaguardare le energie lavorative del dipendente al fine del miglior rendimento, indipendentemente dalla circostanza che questi abbia sempre regolarmente svolto la propria attività impiegatizia. La suddetta previsione trova la sua evidente ratio nella necessità di assicurare il buon andamento della Pubblica Amministrazione, a cui la legge riconosce il diritto a un controllo preventivo degli incarichi, che potrebbero pregiudicare il corretto adempimento delle pubbliche funzioni cui i dipendenti sono preposti [...]”.

FATTO

1. Con ricorso n.r.g. -OMISSIS- al T.A.R. per le -OMISSIS-il signor -OMISSIS-, all’epoca dei fatti di cui è causa sottufficiale in servizio presso il Centro di selezione della Marina militare di -OMISSIS- con mansioni di assistente sanitario-infermiere, ha chiesto l’annullamento della nota prot. n. 7-OMISSIS- avente ad oggetto la comunicazione di avvio del recupero degli importi dallo stesso percepiti per attività lavorativa esterna non autorizzata svolta negli anni dal 2001 al 2008, per un importo complessivo di euro 288.701,00.

2. Il Tribunale adito, con sentenza n.-OMISSIS-, ha respinto il ricorso ritenendo che l’Amministrazione abbia fatto buon governo delle disposizioni applicabili al caso di specie, ovvero, in particolare, gli artt. 53, comma 7, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (T.u.p.i.) e 896, comma 4, del d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66, Codice dell’ordinamento militare (C.o.m.), non rilevando né la disciplina introdotta dalla l. 1 febbraio 2006, n. 43, che prescrive l’iscrizione all’albo professionale

degli infermieri anche per i pubblici dipendenti, né la buona fede del percipiente, che invocava la sostanziale conoscenza -e tolleranza- della propria condotta da parte dei superiori gerarchici.

3. Con l'odierno appello il signor -OMISSIS-, premessa una ricostruzione in fatto e in diritto della propria vicenda professionale, censura la sentenza con otto distinti motivi di ricorso, molti dei quali intersecantisi tra di loro in quanto sviluppati intorno al nucleo argomentativo centrale della ritenuta natura risarcitoria dell'illecito, come tale rimesso al vaglio esclusivo della Corte dei conti. In primo luogo egli eccepisce dunque il difetto di giurisdizione, invocando a giustificazione del mutamento della propria scelta originaria le pregresse incertezze interpretative, cui avrebbe posto fine solo la l. 6 novembre 2012, n.190, con l'inserimento del comma 7-bis nell'art. 53 del T.u.p.i. (motivo *sub* 1); a ciò conseguirebbe l'impossibilità di decidere da parte del giudice amministrativo, che non può vagliare i profili di colpevolezza che integrano l'elemento psicologico dell'illecito erariale (motivo *sub* 2). La previsione del recupero, in quanto riferita a corrispettivi di un'attività lavorativa, contrasta con i principi di cui agli artt. 3, 23, 24, 36, comma 1, 53 e 97, comma 1 e 103 della Costituzione (motivo *sub* 3). La cornice normativa non sarebbe stata individuata correttamente, stante che al personale militare non si applicherebbe l'art. 53, comma 7, del d.lgs. n. 165/2010, in quanto non richiamato espressamente dall'art. 896, comma 4, del d.lgs. n. 66 del 2010 (motivo *sub* 4). Un ulteriore profilo di contrasto con la Costituzione (artt. 3 e 97) sarebbe poi ravvisabile nell'art. 210 del Codice dell'ordinamento militare, laddove consente attività c.d. *extra moenia* solo al personale medico e non a quello infermieristico, malgrado la l. n. 43 del 2006 abbia imposto pure allo stesso l'iscrizione ad apposito albo professionale (motivo *sub* 5). Non sarebbe stata garantita la partecipazione al procedimento (art. 1, comma 6, del d.lgs. n. 66 del 2010 in combinato disposto con l'art. 7 della l.n. 241 del 1990, motivo *sub* 6). Non sarebbe stato preventivamente escusso il datore di lavoro, siccome previsto dall'art. 53, comma 7 (motivo *sub* 7). Sarebbe infine errata la quantificazione delle somme, effettuata al lordo e non al netto delle imposte pagate (motivo *sub* 8).

4. Si è costituito in giudizio il Ministero della difesa, con atto di stile.

5. Con ordinanza n. -OMISSIS-la Sez. IV di questo Consiglio di Stato ha respinto la domanda di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata non ravvisando il *fumus* del buon esito del ricorso, anche sull'assunto che l'eccezione di giurisdizione non è proponibile dalla parte che abbia scelto il giudice di primo grado.

6. Con successiva memoria in data 21 gennaio 2021 l'Amministrazione appellata ha eccepito la inammissibilità dell'appello per difetto di interesse, in ragione della non configurabilità di una soccombenza in punto di competenza dell'attore (il ricorrente) per l'esito sfavorevole nel merito

della causa volontariamente incardinata presso un determinato giudice. Nel merito, ha contestato la fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale, richiamando in particolare il contenuto dell'ordinanza n.90 del 26 maggio 2015 della Corte costituzionale, già intervenuta sulla materia. Ha infine chiesto la reiezione dell'appello e la conferma della sentenza impugnata.

7. Con ulteriori memorie, il signor -OMISSIS- ha insistito in particolare sul difetto di giurisdizione e sulle censure di illegittimità costituzionale, chiedendo la sospensione del procedimento e la rimessione della causa alla Corte costituzionale.

8. Alla pubblica udienza del 13 aprile 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

9. Il Collegio ritiene che la complessità della materia di cui è causa ne imponga un preliminare inquadramento.

10. L'art. 53 del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, T.u.p.i., rubricato «*Incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi*», regola in maniera analitica lo svolgimento di incarichi esterni -retribuiti e non- da parte dei dipendenti pubblici, imponendo una griglia di doveri ed obblighi non soltanto a questi ultimi ma, *in primis*, alle amministrazioni che li conferiscono. La norma chiarisce cosa si debba intendere per incarichi extraistituzionali, ricomprendendovi tutte quelle attività, anche occasionali, che comunque prevedono un compenso, salvi i casi di esclusione riconducibili alla peculiare natura dell'attività che si intende svolgere, in quanto espressione di diritti costituzionalmente tutelati, quali la libertà di insegnamento o i diritti sindacali, o connotati dalla mancanza di interesse economico (assenza di un compenso). Il regime giuridico ordinario per poter legittimamente svolgere un'attività extraistituzionale è il conseguimento di un'autorizzazione preventiva da parte della propria Amministrazione, la mancanza della quale determina una serie di conseguenze nei confronti di tutti i soggetti interessati alla vicenda. Se l'incarico retribuito è conferito da una pubblica amministrazione, ad esempio, ovviamente diversa da quella di appartenenza dell'interessato, il provvedimento di conferimento, ai sensi dell'art. 53, comma 8, costituisce infrazione disciplinare ed è nullo di diritto.

10.1. In maggior dettaglio, il comma 7 dell'art. 53, (come modificato dall'art. 1, comma 42, della legge n. 190/2012) dispone che «*I dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza. Ai fini dell'autorizzazione, l'amministrazione verifica l'insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi [...]. In caso di inosservanza del divieto, salve le più gravi sanzioni e ferma restando la responsabilità disciplinare, il compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte deve essere versato, a cura dell'erogante o, in difetto, del percettore, nel conto dell'entrata del*

bilancio dell'amministrazione di appartenenza del dipendente per essere destinato ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti». Il successivo comma 7-bis, introdotto a sua volta dal medesimo art. 1, comma 42, legge n. 190/2012, precisa che «L'omissione del versamento del compenso da parte del dipendente pubblico indebito percettore costituisce ipotesi di responsabilità erariale soggetta alla giurisdizione della Corte dei conti».

10.2. Una lettura delle norme nel loro complesso ne evidenzia la finalità di dissuasione, in generale, del fenomeno dell'assunzione di incarichi extraistituzionali retribuiti, in quanto contrario al dovere di esclusività del rapporto del pubblico dipendente con l'amministrazione, discendente dall'art. 98, comma 1, della Costituzione, nonché alla necessità di evitare situazioni di conflitto di interessi o di assoluta incompatibilità con l'attività principale svolta presso l'amministrazione di appartenenza.

11. Il precetto corrispondente alla "sanzione" -nell'accezione che verrà meglio chiarita in seguito- contenuta nell'art. 53, comma 7, del Testo unico, si ritrova nel d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, c.d. Statuto degli impiegati civili dello Stato, espressamente richiamato. Per il personale militare, invece, esso era "disseminato" in varie norme ordinamentali vigenti *ratione temporis*, ovvero, per quanto qui di interesse avuto riguardo al profilo professionale dell'appellante, era riconducibile all'art. 12 della l. 31 luglio 1954, n. 599, che vieta(va) al Sottufficiale in servizio permanente di «*esercitare alcuna professione, mestiere, industria o commercio, né comunque attendere ad occupazioni od assumere incarichi incompatibili con l'adempimento dei suoi doveri*». Al momento dell'adozione del provvedimento impugnato, invece (9 maggio 2011), la norma applicabile era l'art. 894, comma 1, del C.o.m., entrato in vigore il 9 ottobre 2010, che prevede che «*La professione di militare è incompatibile con l'esercizio di ogni altra professione, salvo i casi previsti da disposizioni speciali*».

12. In primo luogo, dunque, alterando la sistematica dell'appello per ragioni di coerenza espositiva, va chiarita l'applicabilità o meno del regime restitutorio declinato nel T.u.p.i. anche al personale militare, quale "sanzione" per la violazione della regola della esclusività del rapporto di servizio.

12.1. Il Collegio ritiene che al quesito non possa che essere data risposta positiva, giusta l'esplicita previsione in tal senso contenuta nel comma 6 del più volte richiamato art. 53, che estende la disciplina *de qua* «*ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, compresi quelli di cui all'articolo 3*». Mentre, dunque, in linea generale il personale in regime di diritto pubblico elencato all'art.3, nell'ambito del quale rientra anche quello militare e delle forze di polizia di Stato, resta assoggettato alle norme rivenienti dai rispettivi ordinamenti, ciò non vale per la disciplina delle conseguenze delle violazioni in materia di incompatibilità degli incarichi, espressamente estesa anche allo stesso. Né a tale ricostruzione osta la sopravvenuta formulazione

dell'art. 896 del d.lgs. n. 66 del 2010, che con riferimento alle attività extraistituzionali da svolgere previa autorizzazione da parte dei militari richiama espressamente i (soli) commi da 8 a 16-bis dell'art. 53 del T.u.p.i., omettendo di menzionare anche il comma 7.

L'apparente difetto di coordinamento tra le due norme non può certo risolversi, tuttavia, in un'abrogazione del richiamo, interno alla norma, ai commi da 7 a 13, che si giustifica in ragione del diverso ambito di riferimento, ovvero tutto il pubblico impiego non contrattualizzato, non soltanto il personale delle forze armate. L'interpretazione sostenuta dall'appellante determinerebbe pertanto una inspiegabile e irragionevole disparità di trattamento a favore di quest'ultimo nei confronti di tutti gli altri dipendenti pubblici, anche non contrattualizzati, solo per i quali, non operando ridetta abrogazione, resterebbe fermo l'obbligo restitutorio. Nè può predicarsi un'applicazione del principio *tempus regit actum*, trattandosi nella specie di obbligazione restitutoria *ex lege* che trova la sua fonte nel precitato art. 53, comma 7, d.lgs. nr. 165/2001, e che non può dirsi estinta, in difetto di espressa previsione, per effetto della mera entrata in vigore del d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (v. sul punto Cons. Stato, sez. IV, ordinanza 29 maggio 2013, n. 1986).

Da qui, rileva il Collegio, l'infondatezza del motivo di censura avente ad oggetto l'applicabilità della cornice normativa in esame al personale militare (motivo *sub* 4 dell'atto di appello).

13. La previsione di un obbligo restitutorio di somme introitate effettuando un'attività lavorativa, seppure extraistituzionale, è stata da sempre e da subito al centro di un corposo dibattito dottrinario e giurisprudenziale, non essendone affatto chiara la natura e, conseguentemente, l'individuazione del giudice competente a dirimere le relative controversie.

14. Il comma 7 dell'art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001 impone al dipendente pubblico di restituire automaticamente all'Amministrazione di appartenenza i compensi percepiti per incarichi extraistituzionali privi della prescritta autorizzazione, prescindendo dalla tipologia di attività svolta e dunque in maniera pressoché meccanicistica rispetto al dato oggettivo di ridetta mancanza. Essa non è, dunque, norma che prevede una sanzione disciplinare, ma una misura reale di natura compensativa della condotta irregolare del dipendente, che ne destina preventivamente i compensi percepiti in assenza di una preventiva autorizzazione, funzionalizzandone anche l'utilizzo ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti. La tutela risarcitoria dell'Amministrazione resta invece affidata alle previsioni del successivo comma 7-bis dell'art. 53, il quale prevede che la percezione irregolare di compensi per attività extraprofessionali costituisce danno erariale soggetto alla giurisdizione della Corte dei conti. Tale disposizione non determina una duplicazione di conseguenze derivanti dallo stesso comportamento, in quanto resta collegata, contrariamente al comma 7, alla gravità dell'inadempimento, alla sussistenza di un danno e al

profilo psicologico dell'inadempiente. Essa, cioè, è destinata a disciplinare una ulteriore fase procedimentale connessa e conseguente al mancato versamento dell'emolumento percepito per attività lavorative non autorizzate dalla p.a. Al contrario, l'obbligo di riversare le somme indebitamente percepite "scatta" a prescindere da qualsivoglia profilo di danno -e quindi di illecito-erariale, siccome accade ogniqualvolta che il dipendente abbia agito al di fuori dell'orario di servizio e senza compromettere in alcun modo né in termini quantitativi, né, soprattutto, qualitativi, lo stesso.

15. Il quadro di riferimento delle conseguenze dello svolgimento di incarichi non autorizzati, dunque, è dato dal combinato disposto delle due disposizioni citate (il comma 7 e il comma 7-bis), entrambe poste a tutela della pubblica amministrazione dal comportamento del dipendente che svolga ulteriori attività (non precluse in via assoluta, ma soggette ad autorizzazioni) senza il suo preventivo avallo, in quanto vietata *ex se* e in ragione del mancato introito delle somme rivenienti dalla violazione del relativo divieto. Una lettura sinergica delle stesse, pertanto, e non strumentalmente parcellizzata come quella avanzata dall'appellante, evidenzia un quadro del tutto conforme agli invocati principi costituzionali. Le garanzie di difesa, infatti, rilevano e trovano piena tutela, peraltro innanzi al giudice naturale normativamente individuato (la Corte dei conti) laddove il dipendente ritenga di non essere assoggettato all'obbligo di versamento e per tale ragione venga deferito al giudizio di responsabilità del magistrato contabile.

15.1. La questione è stata in effetti già affrontata dal giudice delle leggi nell'ordinanza n. 90 del 2015, espressamente richiamata dalla difesa pubblica. Si deve tuttavia rilevare che, seppure sembra di potere leggere tra le righe un orientamento negativo della Consulta sul merito della richiesta, esso non è affatto esplicitato. La Corte, cioè, essendosi soffermata sulle questioni pregiudiziali iniziali, non ha stabilito la legittimità della irrogazione della sanzione della privazione di tutti i compensi percepiti per il "secondo lavoro" non autorizzato dei dipendenti pubblici. Nel contestare, tuttavia, ad entrambi i giudici rimettenti, la mancata effettuazione di una «*esauriente ricognizione del contesto regolatorio di riferimento*», si è soffermata in particolare sui contenuti del comma 7-bis dell'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001, ricordando come anche in passato le sezioni unite della Cassazione avessero ricondotto alla giurisdizione della Corte dei conti la materia della responsabilità amministrativa «*di un soggetto che, legato all'amministrazione da un rapporto di impiego o di servizio, causi un danno con azioni od omissioni connesse alla violazione non soltanto dei doveri tipici delle funzioni concretamente svolte, ma anche di quelli ad esse strumentali, attinendo al merito e, dunque, ai limiti interni della potestas iudicandi, ogni questione attinente al tipo e all'ammontare del danno diverso da quello all'immagine*» (Cass., SS.UU., 2 novembre 2011, n. 22688). Con ciò

individuando nella sussistenza del danno, non necessariamente presente nella condotta “punita” ex comma 7 della norma, il presupposto dell’intervento della Corte dei conti e nella mancata indicazione delle ragioni per le quali non si era fatta applicazione del comma 7-bis l’essenza del criticato difetto di inquadramento del *casus a quo*.

16. Il complicato intreccio fra natura della violazione dei doveri di servizio che conformano la posizione del pubblico dipendente e violazione della “sanzione” prevista a presidio della stessa, ha determinato nel tempo una ricostruzione non del tutto appagante in termini di inquadramento del primo illecito, che ha finito per rendere ulteriormente evanescenti i confini della fattispecie, unificandola.

16.1. Questo Consiglio di Stato, nell’affrontare la tematica, ha avuto modo di affermare che il dovere di rispettare la regola per cui gli incarichi extraistituzionali consentiti al dipendente sono solo quelli o previamente autorizzati dall’Amministrazione o direttamente conferiti dalla stessa, va ad interpolare quelli intrinseci al suo rapporto di lavoro. L’effetto legale connesso alla condotta, cioè, in quanto non legittima, perché posta in essere in dispregio di ridetti obblighi afferenti in generale al corretto adempimento dell’attività lavorativa dipendente, consiste nell’insorgenza in capo all’Amministrazione del diritto *«alla refusione di una somma di denaro corrispondente ai corrispettivi percepiti da colui che ha esercitato gli incarichi in questione, ove non direttamente conferiti dall’Amministrazione datoriale né, alternativamente, dalla stessa previamente autorizzati, e che tale diritto discenda direttamente dalla legge»*, seppure qualificandolo anche, in verità impropriamente, quale *«diritto al ristoro per un implicito danno erariale»* (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 novembre 2016, n. 4590).

17. Chiarito quanto sopra, il Collegio ritiene che la ricostruzione dell’appellante, risenta di un’indebita commistione di piani, processuale e sostanziale, basandosi su un duplice errore ricostruttivo: da un lato, infatti, rivendica la giurisdizione esclusiva sulla materia della Corte dei conti; dall’altro, provvedendo in via autonoma ad inquadrare la fattispecie quale responsabilità risarcitoria, ne stigmatizza la valutazione ad opera del giudice amministrativo, se non travalicando anche nei contenuti i limiti delle proprie competenze. A ben guardare, invece, oggetto di impugnativa nel caso di specie è esclusivamente la nota con la quale l’Amministrazione ha ricordato al dipendente le conseguenze della propria condotta illecita, indicando l’importo delle somme da riversare e mettendo contestualmente in mora il dipendente, anche ai fini dell’interruzione della prescrizione. A fronte di tale (doverosa) richiesta il dipendente ha adito il T.A.R. per le -OMISSIS-contestando non il *quomodo* del recupero, che al più sarebbe stato

meritevole di censura, bensì l'*an* e il *quantum*, con ciò circoscrivendo a tale aspetto il perimetro della controversia.

18. Le originarie oscillazioni in ordine alla competenza a giudicare dell'omesso riversamento delle somme indebitamente introitate per attività extraistituzionali sono state definitivamente superate dalla richiamata novella del 2012 che nell'inserire nell'art. 53 del T.u.p.i. il più volte ricordato comma 7-bis, ha esplicitamente qualificato come illecito erariale la relativa condotta.

18.1. Sul punto, le Sezioni Unite della Corte di cassazione, già a far data dalla pronuncia del 22 dicembre 2015, n. 25769, intervenendo anche sulla questione di diritto transitorio inerente l'applicabilità della disposizione a fatti antecedenti l'entrata in vigore della norma, ebbero ad affermarne la portata meramente ricognitiva della legislazione previgente, qualificandola come sostanziale ipotesi di "continuità regolativa" tra giurisprudenza e legislatore. Ciò non ha in verità posto fine al dibattito sull'inquadramento della responsabilità e delle sue conseguenze, che ha continuato ad echeggiare negli arresti successivi, forieri di ribadite incertezze e visioni chiaroscurali sotto il profilo più propriamente sistematico. Con ordinanza 28 settembre 2016, n. 19072, ad esempio, le medesime Sezioni Unite della Cassazione, contraddicendo quanto poco prima affermato, hanno precisato come non fosse affatto indiscutibile la giurisdizione contabile in relazione a fatti risalenti a prima dell'entrata in vigore del comma 7-bis, in quanto la natura sanzionatoria in senso lato dell'art. 53, comma 7, non poteva trasformare, prima della successiva modifica, una richiesta di pagamento disciplinata per legge in una domanda risarcitoria devoluta alla giurisdizione contabile; giurisdizione, quest'ultima, esistente con certezza nel solo caso (nella specie non ricorrente) di profili di danno ulteriore rispetto all'indebita percezione dei compensi.

19. La tematica è stata di recente affrontata *funditus* dalla Sezioni riunite in sede giurisdizionale della Corte dei conti, che, seppure non rilevando all'interno della magistratura contabile un vero e proprio contrasto in secondo grado, hanno ritenuto opportuno fissare dei paletti anche in ragione delle «*differenti accezioni date alla responsabilità in argomento*» (Corte conti, Sezioni riunite in sede giurisdizionale, 31 luglio 2019, n. 26). Premessa, dunque, un'ampia ricostruzione del variegato quadro giurisprudenziale, hanno definitivamente chiarito l'errore di prospettiva dal quale lo stesso appare falsato, che peraltro permea anche la ricostruzione di parte appellante. Altro è, infatti, l'obbligo di versamento del *tantundem* indebitamente percepito dal dipendente, ovvero versato dall'ente conferente, di natura sanzionatoria della violazione della normativa regolante l'autorizzazione degli incarichi extraistituzionali; altro l'illecito erariale che consegue alla sua violazione, in quanto la relativa condotta omissiva provoca un depauperamento delle casse pubbliche rispetto a somme che il legislatore assegna loro con totale automatismo. La violazione del

primo obbligo di per sé non provoca tuttavia alcun danno, potendo al più quest'ultimo conseguire a caratterizzazioni o esiti anti giuridici ulteriori delle condotte del pubblico dipendente, per le quali sono enucleabili altre e svariate ipotesi di danno erariale, «quali quello legato, ad esempio, all'indebita percezione, totale o parziale, di indennità incentivanti previste nel caso di svolgimento "a tempo pieno" per il datore di lavoro (indennità di svolgimento "a tempo pieno" per il datore di lavoro (indennità di esclusività, per esempio, prevista per i medici dipendenti dal S.S.N. o maggiore misura della retribuzione di posizione, differenziale retributivo per i professori universitari a tempo pieno rispetto a quelli a tempo definito), il danno da disservizio ovvero il danno all'immagine, ipotizzabile nel caso di incarichi in conflitto di interesse con l'amministrazione di appartenenza e non autorizzabili».

20. Il disposto del comma 7-bis dell'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001 comporta dunque che la responsabilità di che trattasi, se limitata all'inadempimento dell'obbligo di denuncia, senza che sia dedotta l'esistenza di conseguenze dannose per l'amministrazione di appartenenza, non possa sottrarsi alle ordinarie regole di riparto di giurisdizione e quindi, trattandosi qui di rapporto di pubblico impiego non contrattualizzato, alla giurisdizione del giudice amministrativo. L'art. 98 Cost. sancisce il principio di esclusività del dipendente pubblico, che si sostanzia nel dovere di dedicare interamente all'ufficio la propria attività lavorativa senza disperdere le proprie energie in attività esterne ed ulteriori rispetto al rapporto di impiego. Di qui, la conseguenza - formalizzata nell'art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001 per tutti i dipendenti pubblici - che ogni incarico extraistituzionale debba considerarsi evento eccezionale rispetto allo *status* di pubblico impiegato, come tale necessitante di espresse e limitate deroghe. La situazione di incompatibilità deve essere valutata in astratto, sul presupposto che la norma mira anche a salvaguardare le energie lavorative del dipendente al fine del miglior rendimento, indipendentemente dalla circostanza che questi abbia sempre regolarmente svolto la propria attività impiegatizia. La suddetta previsione trova la sua evidente *ratio* nella necessità di assicurare il buon andamento della Pubblica Amministrazione, a cui la legge riconosce il diritto a un controllo preventivo degli incarichi, che potrebbero pregiudicare il corretto adempimento delle pubbliche funzioni cui i dipendenti sono preposti.

21. Anche da tali considerazioni, dunque, discende l'infondatezza dei profili di illegittimità costituzionale invocati con riferimento agli artt. 24, 27 e 103 della Costituzione, stante che non risultano in alcun modo compromesse né i diritti di difesa dei privati, di cui anzi si è riconosciuta l'estensione massima, optando per la inapplicabilità del rito speciale per le sanzioni di cui all'art. 133 del Codice, né, men che meno, le prerogative della Corte dei conti.

21.1. Certo è che la norma sottende comunque un momento funzionalmente sanzionatorio della violazione del dovere primario di esclusività del servizio prestato dal pubblico dipendente, seppure predeterminando l'importo della "sanzione" *-recte*, della somma da restituire- non mediante il riferimento ad una forbice edittale tra un minimo e un massimo, ma commisurandola a quanto effettivamente percepito a titolo di compenso. Da qui le possibili commistioni rispetto alle ipotesi, particolarmente diffuse nella legislazione speciale, di illeciti (non erariali) la cui punizione è comunque rimessa alla magistratura contabile (si pensi, a titolo di esempio, all'art. 30, comma 15, della l. 27 dicembre 2002, n. 289, che sanziona con una somma da cinque a venti volte l'indennità di carica degli amministratori la violazione del divieto di indebitamento degli enti locali per spese diverse da quelle di investimento; ovvero, più di recente, all'art. 3, comma 54, della l. 24 dicembre 2007, n. 244, sugli obblighi di pubblicazione dei compensi liquidati a collaboratori o consulenti).

Nel caso di specie, tuttavia, si versa al di fuori di tale ambito. Solo la violazione dell'obbligo restitutorio, in quanto strumentale al corretto esercizio delle mansioni del dipendente, *«può essere pertanto adottata come fonte di responsabilità amministrativa»*, come tale capace di radicare la giurisdizione della Corte dei conti (v. ancora Cass., SS.UU., 12579/2015).

Quale che sia l'essenza di tale momento punitivo, esso assume rilievo in termini di responsabilità erariale solo laddove o quando il danno all'erario si produca, il che accade sempre in caso di omesso versamento di corrispettivo *ope legis* spettante *ab origine* all'Amministrazione di appartenenza rispetto a prestazione lavorativa a vantaggio di terzi, effettuata senza acquisirne il preventivo e formale assenso.

22. La conferma della correttezza della ricostruzione proposta è da ravvisare, ad avviso della Sezione, nella previsione di cui al comma 8 dell'art. 53, che sanziona *ope legis* di nullità il provvedimento di conferimento da parte di una pubblica amministrazione, mentre ove si tratti di un ente pubblico economico o di un soggetto privato scattano quelle di cui all'art. 6, comma 1, del d.l. n. 79 del 1997. L'azione di danno si colloca a valle di questo percorso, e sovviene esclusivamente a supporto del relativo meccanismo. Ed è in tale sede e contesto, cui si è evidentemente addivenuti non avendo il dipendente adempiuto spontaneamente o su sollecito datoriale, che verranno (ri)esaminati tutti i fattori, anche scriminanti la propria condotta, rivendicati dallo stesso. L'obbligo restitutorio ha dunque contenuto ben diverso da quello che consegue alla sua violazione, in quanto opera come una sorta di contrappasso, in chiave oggettivamente sanzionatoria, solo opponendosi al quale l'Amministrazione si vedrà costretta, per tutelare le proprie ragioni, ad adire la Procura contabile.

23. Chiarito quanto sopra, è evidente che il mutamento del quadro legislativo non impatta sulle rivendicate pregresse incertezze in punto di giurisdizione, che a detta dell'appellante giustificerebbero il mutato orientamento personale rispetto all'originario incardinamento della causa presso il giudice amministrativo, anziché quello contabile. Sul punto, la difesa pubblica eccepisce la inammissibilità invocando il principio, largamente diffuso nella giurisprudenza amministrativa, in forza del quale il soggetto che ha proposto un ricorso al giudice amministrativo non può poi contestarne la giurisdizione (cfr. *ex multis* Cons. St., sez. V, 19 settembre 2019, n. 6247; *id.*, 13 agosto 2018, n. 4934; 27 marzo 2015, n. 1605; 7 febbraio 2012, n. 656; sez. III, 31 maggio 2018, n. 3272; *id.*, 1 dicembre 2016, n. 5047; sez. IV, 22 maggio 2017, n. 2367; *id.* 21 dicembre 2013, n. 5403; sez. VI, sentenze 8 aprile 2015, n. 1778; *id.* 8 febbraio 2013, n. 703). Siffatto orientamento è motivato sia sul presupposto che l'originario ricorrente non è soccombente in punto di giurisdizione, siccome affermato dalla Amministrazione appellata, sia sulla circostanza che tale condotta processuale integra un abuso del diritto di difesa, scaturente dal venire *contra factum proprium*, vigendo nel nostro sistema un generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva, in cui si inserisce anche l'abuso del processo, nonché dalla violazione del dovere di cooperazione per la realizzazione della ragionevole durata del processo sancita dall'art. 2, comma 2, c.p.a.

Vero è che la Sezione ha recentemente ritenuto di dover sottoporre la questione al vaglio dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, rilevando la mancanza di univocità di ridetto approccio ermeneutico, in mancanza di una norma espressa (Cons. Stato, sez. II, 9 marzo 2021, n. 2013). Le sezioni unite della Corte di cassazione, infatti, in alcune occasioni hanno affermato che *«l'eccezione di difetto di giurisdizione non è preclusa alla parte per il solo fatto di avere adito un giudice (nella specie, il Tar) che lo stesso attore ritiene successivamente privo di giurisdizione; ben può quindi, detta parte proporre l'eccezione per la prima volta in appello (nella specie, davanti al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia), essendo la questione di giurisdizione preclusa solo nel caso in cui sulla stessa si sia formato il giudicato esplicito o implicito»* (Cass. civ., S.U., 27 dicembre 2010, n. 26129; *id.* 29 marzo 2011, n. 7097). In altra occasione, hanno escluso che il divieto di abuso del processo sia violato proprio nel caso in cui la parte, in sede d'impugnazione, abbia contestato la giurisdizione amministrativa da ella precedentemente adita, in una controversia in cui vi era un obiettivo dubbio sulla questione di giurisdizione (Cass. civ., S.U., 19 giugno 2014, n. 13940; Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1192). Tale sarebbe, peraltro, il principio invocato dalla parte appellante nel caso di specie.

24. Il dubbio, tuttavia, in ordine al giudice competente, può *-recte*, poteva- riferirsi esclusivamente alle conseguenze dell'omesso versamento dei compensi, non all'affermazione del relativo obbligo, sicché la statuizione di cui al comma 7-bis dell'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001, quand'anche non le si riconoscesse portata ricognitiva, non impatta sulla fase antecedente, di individuazione del percorso di recupero. L'obbligo di versamento, infatti, prescinde dai presupposti della responsabilità del danno, oggettivi (condotta, evento dannoso, nesso di causalità) e soggettivi (elemento psicologico del dolo o della colpa grave), «*non dovendosi confondere il concetto attinente alla mera reversione del profitto con quello del danno [...] che condurrebbe all'estensione del limite della giurisdizione contabile al di fuori dei suoi confini istituzionali*» (Cass., SS.UU., 26 giugno 2019, n. 17124; *id.*, 14 gennaio 2020, n. 415).

25. Il sistema delinea dunque un intreccio inscindibile tra le conseguenze dello svolgimento di attività extraistituzionale da parte dei pubblici dipendenti in difetto di autorizzazione datoriale. Esso crea, cioè, una fattispecie a formazione progressiva nella quale la prima condotta rileva obiettivamente, salvo se ne vogliano contestare i presupposti disconoscendo il diritto dell'Amministrazione alle reversali economiche imposte. Il primo segmento, attiene alle scelte poste in essere dall'Amministrazione per evitare il danno erariale da mancato introito dei compensi illecitamente percepiti dal dipendente; il secondo le ragioni dell'omesso versamento, che implicano necessariamente la valutazione della liceità della condotta, sotto il profilo oggettivo (supposta non necessità dell'autorizzazione) o soggettivo (mancanza dell'elemento psicologico richiesto).

26. Il giudizio contabile per responsabilità erariale, d'altro canto, diversamente da quanto sembra ipotizzare l'appellante, non è un giudizio ad iniziativa della parte privata ricorrente, ma consegue alla *vocatio in ius* del Pubblico ministero contabile, titolare della relativa azione a seguito di una *notitia damni*. Nulla esclude, dunque, che laddove egli ritenga di opporsi in qualche modo alla restituzione, doverosa e legittima, l'Amministrazione ne informi la Procura presso la Corte dei conti che applicherà tutti gli ordinari canoni della responsabilità amministrativa, sostanziali e processuali, dimostrando non soltanto la mancanza di autorizzazione espressa da parte dell'amministrazione e che si sia verificata l'omissione del riversamento (da parte del dipendente o dell'ente erogante), ma che questo sia connotato da dolo o colpa grave. Trattasi, dunque, di una responsabilità amministrativa ordinaria di danno, che sarebbe ugualmente ipotizzabile *-recte*, già sussisteva-, in base ai principi generali, in assenza dell'interpolazione legislativa dell'art. 53, mediante l'introduzione del comma 7 bis. Essa, cioè, non discende dall'obbligo di cui al comma 7, ma dalla condotta successiva di omissione del versamento del compenso, alternativa rispetto al versamento da parte del soggetto conferente. Tale omissione, infatti, arreca ontologicamente un danno erariale

in quanto priva l'Amministrazione di somme che le spettano, in quanto correlate a prestazione lavorativa del proprio dipendente. Nel caso di specie, tuttavia, neppure è dato sapere, in quanto non riferito dalla parte, se il recupero sia già stato integralmente effettuato mediante ritenute mensili, con ciò determinando la sopravvenuta cessazione della materia del contendere con riferimento all'illecito erariale, ovvero se ne residui ancora parte e con quali modalità essa si sia opposta a ridetto prelievo forzoso, se del caso compulsando il coinvolgimento della Procura erariale. Se, infatti, un minimo elemento di criticità è dato ravvisare nel sistema, esso attiene al coinvolgimento della magistratura contabile, cui il privato dovrebbe rivolgersi autodenunciandosi ovvero diffidando l'amministrazione dal procedere coattivamente, in assenza di specifiche norme di settore, e così ponendosi nella condizione omissiva che il legislatore ha espressamente connotato come illecito erariale.

27. La questione di giurisdizione, dunque, deve essere risolta a favore del giudice amministrativo in quanto oggetto della controversia è il provvedimento di accertamento dei presupposti dell'obbligo di versamento dei compensi percepiti dal militare, stante il regime pubblicistico del rapporto di impiego in questione. La giurisdizione contabile subentra, infatti, nella fase successiva del procedimento, quando, accertato il credito della p.a., il debitore non abbia provveduto a soddisfarlo. Una volta riconosciuto all'amministrazione il titolo a richiedere l'adempimento dell'obbligo del versamento dei corrispettivi percepiti, ai sensi della previsione di cui all'art. 53 d.lgs. n. 165 del 2001, ritenere insussistente la giurisdizione del giudice del rapporto di lavoro significa privare di tutela giurisdizionale il debitore, atteso che il procedimento per responsabilità erariale avanti alla Corte dei Conti inizia esclusivamente ad istanza della Procura.

28. Quanto sopra detto, peraltro, a prescindere dai profili di inammissibilità dell'appello. Il Collegio ritiene infatti di prescindere da un più approfondito scrutinio di quanto introdotto in violazione del divieto dei *nova* inserendo censure non presenti nel ricorso di primo grado in quanto ricondotto, più o meno strumentalmente, sotto l'egida dell'eccepito difetto di giurisdizione e delle ragioni della stessa.

29. Sono infine da respingere anche gli ulteriori motivi di appello.

Non può, infatti, avere alcun rilievo la tutela del legittimo affidamento del militare che avrebbe confidato nella correttezza del proprio operato indotto dall'inerzia dei superiori gerarchici.

Perché si possa riconoscere un atteggiamento di colpevole inerzia in capo all'Amministrazione militare, occorrerebbe che la stessa fosse stata informata in forma ufficiale dello svolgimento dell'attività extraprofessionali. Si osserva che comunque, in via di mera ipotesi, qualsiasi atteggiamento accomodante, comunque indimostrato, dei superiori gerarchici non giustificerebbe

di per sé la disapplicazione di una norma di rango primario; lo stesso militare in servizio è poi tenuto a conoscere obblighi e doveri inerenti al proprio status fermo che in tale ambito vale il principio dell'inescusabilità dell'*ignorantia legis*. Di tali circostanze potrà al più tenere conto il giudice contabile in sede di (eventuale) riduzione equitativa del danno, laddove ne venga fornita adeguata prova in giudizio, ammesso l'appellante si attivi nel senso sopra precisato per la parte residua di credito dell'Amministrazione.

30. Con il quinto motivo si deduce l'illegittimità costituzionale dei limiti all'esercizio extraprofessionale per gli infermieri posto che per la professione di medico, con la quale vi sarebbero numerosi caratteri comuni, l'art. 210 dell'ordinamento militare prevede un regime più favorevole. In tal modo, nell'ambito dell'invocato giudizio di ragionevolezza costituzionale, il ricorrente mira ad estendere al caso personale non la disciplina generale di incompatibilità vigente ma la norma derogatoria o eccezionale prevista per i medici, individuata come cd. *tertium comparationis*.

Il Collegio ritiene anche tale questione manifestamente infondata.

La posizione riconosciuta dall'ordinamento militare al personale medico, non è estesa né ad altre professioni intellettuali (avvocati, ingegneri, commercialisti), né ad altre categorie del personale militare sanitario (psicologi, odontoiatri, infermieri). Per orientamento consolidato della Corte Costituzionale in presenza di norme generali e norme derogatorie può porsi una questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di eguaglianza solo quando si assuma che queste ultime, poste in relazione alle prime, siano in contrasto con il principio di ragionevolezza. Viceversa, «quando si adotti come *tertium comparationis* la norma derogatrice, la funzione del giudizio di legittimità costituzionale non può essere se non il ripristino della disciplina generale, ingiustamente derogata da quella particolare, non l'estensione ad altri casi di quest'ultima» (cfr. in termini *ex pluribus* Corte Cost. 298/1994, 418/2004, 344/2008). Risultano peraltro evidenti caratteri di disomogeneità, in termini di qualificazione, responsabilità, posizione, che distinguono la professione di infermiere da quella di medico, nonostante che la l. n. 43 del 2006 abbia introdotto l'obbligo di iscrizione all'albo professionale anche per gli esercenti la prima. Tali differenze portano comunque ad escludere che vi sia un trattamento difforme per posizione di natura identica (in senso conforme, v. T.A.R. per la Puglia, Lecce, 2 luglio 2012, n. 1157, riferito a fattispecie analoga).

31. Né può assumere rilievo il mancato preventivo inoltre dell'avviso di avvio del procedimento. Il provvedimento impugnato, infatti, è privo di qualsiasi carattere discrezionale trattandosi di attività, a fronte dei presupposti di legge, doverosa per l'Amministrazione. E' pertanto applicabile il disposto

dell'art. 21-octies L. n. 241 del 1990 secondo cui non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento quando per la natura vincolata del provvedimento, il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

32. Né appare condivisibile la rivendicata previa escussione del soggetto che ha conferito l'incarico. Essa infatti opera laddove il dipendente non abbia ancora percepito i compensi. Diversamente opinando, la previsione si risolverebbe in un raddoppio di esborso per il conferente l'incarico, con indebita *locupletatio* del dipendente, che ha già introitato le relative somme.

33. Infine, sull'entità delle somme. Questo Consiglio di Stato ha già avuto modo di affermare che dirimente, al riguardo, risulta la considerazione del fatto che né la legge, né i principi in materia portano a ritenere che esse debbano essere rese al netto e non al lordo dei conseguenti oneri fiscali. (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 4590, cit. *supra*). Posto infatti che, indubbiamente, altro è il rapporto di debito che intercorre fra l'Amministrazione tenuta al recupero nei riguardi del percipiente la retribuzione goduta per l'incarico svolto ed altro è il rapporto tributario che quest'ultimo può avere avuto col fisco a tempo debito, in relazione ai momenti di effettiva percezione del ricavo corrispettivo dell'attività effettuata, *«resta la circostanza basica per cui, ove mai fosse condivisa la tesi qui non accolta, a parità di ogni altra circostanza (natura e tipologia dell'incarico, importo della retribuzione conseguita per l'espletamento dell'incarico), il credito recuperatorio non potrebbe mai essere identico fra casi omologhi per il semplice fatto che mai perfettamente identico può essere il carico tributario cui è tenuto ogni singola persona soggetta a procedura di recupero»*. E queste differenze di importo da recuperare né possono essere addossate all'Amministrazione tenuta al recupero né possono ricadere a vantaggio o svantaggio (a seconda dei casi) di coloro che sono soggetti alla procedura di recupero. Il soggetto che patisce il recupero del credito al lordo di imposta, pertanto, ben può, attivandosi adeguatamente, recuperare a propria volta le imposte assolute, *«facendo valere il fatto che esse – ove non restituite – risulterebbero versate su ricavi non conseguiti (o, meglio, su ricavi conseguiti ma, poi, integralmente riversati all'Amministrazione che ha attivato il procedimento per il loro recupero)»*.

34. Per tutto quanto sopra detto l'appello deve essere respinto e, per l'effetto, deve essere confermata la sentenza del T.A.R. per le -OMISSIS-n. -OMISSIS-.

35. La complessità della vicenda giustifica la compensazione delle spese del grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza del T.A.R. per le -OMISSIS-, n. -OMISSIS-.

Spese compensate. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso dalla Sezione Seconda del Consiglio di Stato con sede in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 aprile 2021, tenutasi con modalità da remoto e con la contemporanea e continuativa presenza dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente FF

Hadrian Simonetti, Consigliere

Francesco Frigida, Consigliere

Antonella Manzione, Consigliere, Estensore

Carla Ciuffetti, Consigliere